

Conclusiones.

En el contexto del debate, más amplio, sobre los fines y objetivos últimos del Derecho antitrust, las leyes que regulan la práctica de la discriminación de precios han de estar orientadas hacia la protección del mercado, el orden concurrencial saneado, pero no entendiendo éste únicamente como el *locus* donde tienen lugar los intercambios mercantiles, sino también en cuanto que integrado por unos agentes económicos que en él intervienen y que lo constituyen.

En el ámbito comunitario, esta regulación específica ha de estar, además, en consonancia con los principios más generales establecidos por el Tratado de la Unión Europea, y en especial con el objetivo de la integración de mercados y la consecución de un espacio económico único.

A la luz de estas dos consideraciones, pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la figura de la discriminación de precios y la actual normativa que la regula:

1) Actualmente no se distingue entre la discriminación de precios “beneficiosa” y la “perjudicial” en términos de favorecer o dañar la competencia y la eficiencia, ya que –al ser las justificaciones que la ley arbitra poco operativas en la práctica y confundirse los planos legal y económico en esta figura- se viene a condenar como *discriminatorio* –y, por tanto, ilegal- cualquier simple *diferencial* de precios –fenómeno económico que tiene lugar en los mercados más competitivos y dinámicos-.

2) Pretender imponer un precio único o uniforme, cuando las condiciones de mercado o los clientes con los que se tienen relaciones comerciales son diferentes, tendrá un efecto “desintegrador” del Mercado, ya que acentuará las diferencias ya existentes, diferencias que son aprovechadas para conseguir un mayor beneficio aplicando precios discriminatorios, pero que en ningún caso son causadas por éstos.

3) Se hace necesario, en el tratamiento legal de la discriminación de precios, un mayor grado de análisis económico, con estudios econométricos ad hoc de la definición del mercado relevante, la comparabilidad de las relaciones comerciales en su conjunto y, especialmente, una estimación del impacto real –no el supuesto- de la pretendida discriminación de precios sobre una serie de factores, como son:

- la redistribución de rentas;
- la asignación de recursos en el proceso productivo;
- el volumen de producto final;
- el nivel de concentración del mercado;
- el nivel de integración del mercado; y
- la estructura competitiva en su conjunto.

4) No puede trasladarse –sin más- el principio comunitario básico de *no discriminación* al ámbito de la regulación de las conductas de mercado y las políticas de precios de las empresas; ni emplearse instrumentos del Derecho antitrust para la consecución –encubierta- de fines de carácter regional, social, etc; las autoridades antitrust difícilmente pueden pretender conocer mejor que las empresas cuándo un precio es competitivo y cuándo no.

5) No existe, en la actualidad, una respuesta unívoca –desde el punto de vista de la Teoría Económica- sobre los efectos de la discriminación de precios considerada en su globalidad. Por tanto, no puede emitirse un juicio formal y apriorístico negativo sobre esta práctica, sino que su valoración legal necesita, apoyándose en el análisis económico, un estudio caso por caso.

En especial, el juicio legal sobre la discriminación de precios no puede obviar la consideración detallada del *resultado* de esta práctica, especialmente en cuanto a la “desventaja competitiva” para una de las partes y en cuanto a la “reducción de la competencia” en el mercado.

6) Pueden identificarse los siguientes *efectos positivos* de la discriminación de precios (bajo una serie de condiciones):

- puede suponer la apertura de nuevos mercados que no serían servidos en un régimen de precio uniforme obligatorio;
- reduce los incentivos a integrarse verticalmente, ya que permite más libertad a la hora de configurar el sistema de distribución y los mecanismos de incentivos;
- en mercados caracterizados por la presencia de altos costes de inversión, productos diferenciados y costes fijos comunes, la discriminación de precios es la única manera de operar eficientemente y obtener beneficio empresarial;
- tiene consecuencias antiinflacionistas, ya que los precios uniformes tienden a homogeneizarse en el nivel alto, no en el bajo; y
- elimina las pérdidas de bienestar social derivadas del ejercicio del poder de compra por un monopsonista (centros de compra, grandes superficies, etc...).

7) Pueden identificarse los siguientes *efectos negativos* de la discriminación de precios (también, bajo ciertas condiciones):

- aumenta los costes sociales del monopolio, al hacer más atractivo y rentable el ejercicio del poder de mercado (obtención de rentas monopolísticas vía precios supracompetitivos y extracción de la totalidad del excedente del consumidor);
- provoca una transferencia de rentas desde el cliente a quien discrimina, lo cual puede ser socialmente indeseable (ya que el flujo es de quien tiene menos capacidad adquisitiva –y por tanto, menos elasticidad- hacia quien tiene más) o tener un efecto proteccionista (si el mercado débil es el doméstico y el fuerte el extranjero); y
- en los mercados de bienes intermedios provoca unas disparidades de coste que generan a los agentes desventajas competitivas y, trasladadas al mercado de producto final, una ineficiente asignación de recursos de los consumidores, que pagan más por el bien.

8) Los modelos teóricos desarrollados por los economistas (discriminación de precios practicada por un ofertante monopolista entre sus clientes) no tienen nada que ver con la aparición de esta práctica en la realidad de los mercados y las situaciones que dieron lugar a la promulgación de las primeras leyes sobre discriminación de precios (la obtención de descuentos de los proveedores derivada del ejercicio del *poder de compra* de los demandantes, en muchos casos las grandes cadenas comerciales).

9) A parte de que la ausencia de una regulación unitaria de esta figura da lugar a un alto grado de inseguridad jurídica –ya que hay una gran incertidumbre en cuanto a los contornos y perfiles de la normativa existente, que se encuentra dispersa y fragmentaria en multitud de disposiciones legales-, cuando los controles de precios se imponen de manera formalista y las prohibiciones se aplican per se, tienen efectos netamente anticompetitivos e ineficientes en términos de asignación de recursos. A esto hay que añadir las dificultades propias e inherentes a la discriminación de precios en lo que se refiere al control y detección de la misma por las autoridades antitrust así como los altos costes de proceso y aplicación de estas leyes.

10) La normativa sobre discriminación de precios no debería centrarse en detectar y sancionar la aplicación (u obtención) por parte de una empresa de un diferencial de precios en sus relaciones comerciales ascendentes (proveedores) o descendentes (clientes), ya que esta supuesta discriminación de precios no es más que una manifestación externa de lo que constituye el verdadero problema para el Derecho antitrust, el ejercicio abusivo del poder de mercado (sea de oferta, sea de demanda) o la ausencia de condiciones competitivas homogéneas de mercado.

En ambos casos la solución no sólo está en multar los precios discriminatorios, sino en averiguar –y, en su caso, corregir- las prácticas y conductas anticompetitivas, o bien las circunstancias fácticas que permiten llevar a cabo esta discriminación:

- cláusulas que impidan el arbitraje;
- mantenimiento artificial de barreras de entrada;
- sistemas de descuentos de fidelidad;
- subsidios cruzados entre diferentes ramas de actividad;
- diferentes sistemas de control administrativo de precios;
- eliminación ilegal de competidores, etc.

11) En cuanto a la actual regulación, las diferentes “formas” en las que la discriminación de precios puede considerarse práctica abusiva son las siguientes:

a) La aplicación, en las relaciones comerciales con otras empresas, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstas una desventaja competitiva. Esta es la previsión contenida en el párrafo *c)* del artículo 82, y es la formulación más “convencional” de la prohibición contra los precios discriminatorios. Las últimas palabras sugieren que dicha cláusula prohíbe principalmente la discriminación cuando ésta causa un perjuicio a los competidores (actuales o potenciales) del comprador que se ha visto beneficiado por el trato preferente.

b) La aplicación de precios desleales, excesivos o “injustos” (*unfair*), a los clientes que llevan la peor parte en la discriminación puede ser también objeto de la prohibición contenida en el párrafo *a)* del artículo 82 (como ejemplo típico de *abuso explotativo*). Aquí la ilegalidad de la práctica no reside en la discriminación en sí misma sino en el hecho de que si los precios bajos se aplicaran en un mercado competitivo, evidenciarían que los precios altos son desleales.

c) La aplicación de precios “bajo coste”, ruinosos o predatorios, también sería encuadrable en la prohibición del párrafo *a)* del artículo 82 (como ejemplo típico de *abuso anticompetitivo*). En esta ocasión la prohibición se sustenta en los que reciben la parte mejor de la discriminación, el trato preferencial. Naturalmente, y como tendremos ocasión

de ver cuando estudiemos esta figura con más detenimiento¹, no todos los precios bajos pueden considerarse como prácticas de exclusión, pero incluso precios que estén por encima del coste –aunque ligeramente por debajo de lo que sería una tasa razonable de retorno del capital- si se aplican en determinados mercados locales y durante un tiempo, pueden llevar a la expulsión de empresas de dicho mercado.

d) Si la discriminación de precios es contraria a las reglas generales del Tratado de la Unión Europea sobre equidad e igualdad en el trato a los consumidores y el establecimiento de relaciones comerciales (por ejemplo, por discriminar en razón de la nacionalidad), puede prohibirse la sin que sea necesario que la empresa se beneficie de dicha discriminación o que los afectados / perjudicados compitan entre ellos.

e) Finalmente, si la diferenciación tiene como consecuencia algún tipo de *exclusionary effects* (efectos eliminatorios), se considera también abusiva. Esto puede tener lugar porque a un comprador se le aplique un mayor precio si compra también de otro proveedor, o no se le vende un producto si no compra también otro segundo (distinto de aquel en el que la empresa es dominante), o si una empresa dominante en el lado de la demanda ofrece condiciones más ventajosas a un proveedor si no suministra a nadie más que a ella.

Universidad Autónoma de Madrid,
19 de noviembre de 2001.

¹ *Vid.*, INFR., Capítulo V, Apartado 2 A) a).